

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONVENTION SUR LA PROTECTION DES ENFANTS ET LA
COOPÉRATION EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE ET SA
MISE EN OEUVRE EN DROIT QUÉBÉCOIS

Auteur(s) : Carmen LAVALLÉE

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 355-374

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11940>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11940>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CONVENTION SUR LA PROTECTION DES ENFANTS ET LA COOPÉRATION EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE ET SA MISE EN OEUVRE EN DROIT QUÉBÉCOIS

par Carmen LAVALLÉE*

SOMMAIRE

Introduction	357
A. Une approche pragmatique axée sur la coopération internationale	359
1. <i>Une conception de l'adoption orientée vers la protection de l'enfant</i>	359
2. <i>Le cadre général de la coopération internationale</i>	364
B. Une conciliation imparfaite des règles de l'adoption internationale	367
1. <i>Le consentement parental et le prononcé de l'adoption</i>	368
2. <i>La valeur en droit québécois d'une décision étrangère d'adoption</i>	370
Conclusion	373

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Ce texte est, en partie, inspiré et adapté de C. Lavallée, *Les finalités de l'adoption en droit français et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, à paraître.

Introduction

L'adoption internationale est un mode de circulation des enfants qui a pris une ampleur considérable au cours des dernières années. La Seconde Guerre mondiale a donné son premier envol au phénomène du déplacement transnational des enfants à cause du nombre élevé d'orphelins qu'elle a laissé dans son sillage et qui ont été, par la suite, adoptés à l'étranger¹. Au Québec, ce n'est qu'au début des années soixante-dix que le développement de l'institution s'est accéléré. Pour des raisons maintes fois évoquées, le nombre d'enfants adoptables dans les pays industrialisés ne cessait de diminuer et les pressions des candidats à l'adoption se faisaient de plus en plus pressantes sur les autorités publiques afin qu'elles établissent des règles légales en matière d'adoption internationale. Au fil des ans, l'adoption s'est mondialisée, se développant dans certaines régions au gré des bouleversements géopolitiques, et se refermant dans d'autres, en cas de scandales liés le plus souvent à la violation des règles établies. L'adoption internationale s'est doucement transformée. D'un mode de protection des enfants en cas de guerres ou de catastrophes naturelles, elle est devenue un moyen de répondre à un besoin de parentalité, pour reprendre un terme souvent employé par les psychologues et les sociologues, que la nature ou les circonstances de la vie n'avaient pas permis de combler.

Plusieurs mythes circulent à propos de l'adoption internationale. Certains candidats supposent que les démarches sont forcément plus rapides à l'étranger et que les conditions d'adoption y sont plus souples qu'au Québec. Nombreux sont ceux qui croient encore à l'existence, dans les pays en développement, d'un grand nombre d'enfants, orphelins de père et de mère et en parfaite santé, qui attendent d'être adoptés. Or, le profil des enfants adoptables à l'étranger se rapprocherait de plus en plus de celui des enfants adoptables dans les pays industrialisés. Ce sont souvent des enfants dits à particularités, en raison de leur âge, de leur état de santé physique ou mentale ou présentant des problèmes psychologiques ou comportementaux². Plusieurs

-
1. J.H.A. Van Loon, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», Document préliminaire, le 1^{er} avril 1990, Conférence internationale de droit international privé de La Haye à la p. 38.
 2. I. Lammerant, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruyant, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 106.

d'entre eux ne sont pas complètement abandonnés, leurs parents biologiques ayant consenti à l'adoption et au déplacement de l'enfant vers l'étranger simplement dans le but d'améliorer ses conditions d'existence. Certains parents conservent des liens avec l'adopté et le phénomène des retrouvailles internationales prend de plus en plus d'importance.

L'adoption internationale constitue donc, au même titre que l'adoption interne, une institution difficile à gérer à cause des conflits potentiels entre les droits de la famille biologique confrontée à la douleur de la séparation et les droits de la famille adoptante très impliquée d'un point de vue personnel et émotif. Toutefois, les obstacles sont redoublés dans le cas de l'adoption internationale puisqu'aux difficultés relatives aux relations entre les familles d'origine et adoptantes, s'ajoutent les risques de conflits de souveraineté entre les pays d'origine des adoptés et des adoptants. Ces derniers fondent leurs attentes sur l'adoption plénière, seule forme d'adoption reconnue par le *Code civil du Québec*, qui entraîne la rupture totale et définitive de tous les liens juridiques entre l'enfant et sa famille alors que certains pays d'origine des enfants ne connaissent que l'adoption simple, qui a pour conséquence de maintenir le lien de filiation biologique. L'adoption simple est une filiation additive alors que l'adoption plénière est une filiation substitutive. D'autres pays connaissent l'une et l'autre forme alors que certains États d'obédience musulmane prohibent carrément l'adoption. Les différences de conception de l'institution fragilisent les règles de droit international privé qui ont, depuis longtemps, montré leurs limites en matière d'adoption internationale³. Aux difficultés d'interprétation des règles légales, s'ajoutent également les risques de détournements ou de trafics d'enfants dans un contexte où, pour user d'un vocabulaire de nature économique, la demande dépasse largement l'offre.

Assurer une protection adéquate de l'enfant dans le contexte mondial de l'adoption devenait de plus en plus complexe. C'est à partir de ce constat que l'idée d'une convention multilatérale a vu le jour afin de réduire les risques de

3. P. Glenn, «Le droit international privé du divorce et de la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle» (1988) 19 *R.G.D.* 359. Pour de plus amples informations sur le succès mitigé des conventions antérieures de droit international privé en matière d'adoption internationale, voir C. Lavallée, *Les finalités de l'adoption en droit français et en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, à paraître.

trafics et d'augmenter les chances pour l'adopté d'obtenir un statut personnel cohérent au plan international. C'est l'un des objectifs poursuivis par la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* adoptée à La Haye le 29 mai 1993⁴. Bien que la province de Québec jouisse d'une avance reconnue en matière de protection de la jeunesse, elle aura été l'une des dernières au Canada à se déclarer liée par la Convention. Le Projet de loi 11⁵ vise justement à rendre le droit québécois conforme à la Convention de La Haye qui se fonde sur une approche pragmatique axée sur la coopération internationale (A) plutôt que sur la règle traditionnelle des conflits de loi, entraînant néanmoins une conciliation imparfaite des règles de l'adoption internationale (B).

A. Une approche pragmatique axée sur la coopération internationale

Pour assurer une protection efficace à l'enfant, il importait de pourvoir au respect de ses droits à toutes les étapes de la procédure et d'écarter les règles de conflits de juridiction et de conflits de loi traditionnellement entraînées par l'adoption internationale. Conjuguer cette double finalité par la mise en place d'un cadre général de coopération internationale (2) constitue l'originalité et la force de la Convention de La Haye du 29 mai 1993. Cette nouvelle approche en matière d'adoption internationale repose sur une conception de l'adoption orientée d'abord et avant tout vers la protection de l'enfant (1).

1. Une conception de l'adoption orientée vers la protection de l'enfant

Au moment où les pourparlers qui devaient mener à l'adoption de la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale ont commencé, la *Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*⁶ venait tout juste d'être adoptée. Les ratifications rapides et nombreuses

4. Le Canada a signé la Convention le 12 avril 1994, l'a ratifiée le 19 décembre 1996 et elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1997.

5. *Loi assurant la mise en oeuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives*, 1^{re} session, 37^e lég., Québec, 2004 (sanctionnée le 22 avril 2004, L.Q. c. 3) (ci-après P.L. 11.). Seuls les articles 26, 27 par. 1 et 28 à 30 sont en vigueur depuis le 1^{er} sept. 2004, D-786-2004, G.O.Q. 2004.II.3845.

6. *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992, n° 3.

de la Convention sur les droits de l'enfant ont permis l'établissement d'un certain consensus international sur la conception de l'adoption. En premier lieu, l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale en la matière. Le principe est affirmé aux articles 3 et 21 de la Convention de New York et il est repris à quelques reprises par la Convention de La Haye⁷. L'expression a suscité nombre de critiques et d'interprétations divergentes en droit interne, et son application n'est pas plus aisée en droit international. En revanche, la conception de l'adoption dont ces conventions font la promotion est relativement nouvelle.

L'article 20 de la Convention sur les droits de l'enfant présente l'adoption comme une mesure de protection de remplacement au cas où l'enfant est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial ou qu'il va de son intérêt de ne pas y être laissé. Les conventions de New York et de La Haye inscrivent clairement l'adoption dans un processus de protection de l'enfant marquant par le fait même un changement de cap important. Les propos du premier Secrétaire de la Conférence de La Haye le confirment : «Il ne suffit plus de voir l'adoption comme une institution juridique particulière qui consiste à créer un lien de filiation, il faut nécessairement la voir également comme faisant partie de toute une gamme de solutions de protection de l'enfant⁸». De plus, parmi tous les mécanismes de protection possibles, il y a un ordre de préférence. En effet, les pays d'origine ont obtenu que soit précisé le principe de la «subsidiarité» de l'adoption internationale. L'article 4b) de la Convention de La Haye indique que l'adoption internationale ne peut être envisagée qu'après l'examen des possibilités de placement de l'enfant dans son pays d'origine, confirmant que l'intérêt de l'enfant n'est pas *a priori* d'être coupé de sa famille biologique. Une interprétation stricte de l'article 4b) aurait pu limiter considérablement les possibilités d'adoptions internationales, mais cela ne fut pas le cas. Rapidement, il a été convenu que cet article devait se lire en parallèle avec le préambule de la Convention qui rappelle l'obligation des États membres de prendre des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine. Mais le texte reconnaît du même souffle que l'adoption

7. On retrouve les expressions «intérêt de l'enfant et intérêt supérieur de l'enfant» notamment dans le préambule et aux articles 1a) , 4b), et 16.

8. H. Van Loon, «Genèse et historique de la Convention du 29 mai 1993» dans *L'adoption internationale, Actes du colloque Louis Chatin*, tenu à Paris les 2 et 3 décembre 1994 à la p. 11.

internationale présente l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel il n'est pas possible de trouver une famille appropriée dans son pays d'origine. La lecture conjuguée des deux dispositions donne priorité à une solution stable et permanente, comme l'adoption internationale, par rapport à l'institutionnalisation de l'enfant dans son pays d'origine ou son placement temporaire dans une famille d'accueil. Toutefois, il incombe au juge de faire respecter le caractère subsidiaire de l'adoption internationale, ce qui suppose que les demandes des adoptants nationaux et étrangers soient centralisées devant le tribunal pour mineurs, ce qui n'est pas le cas dans plusieurs pays d'origine des enfants⁹. Dans ce contexte, le caractère subsidiaire de l'adoption se défend en regard de l'intérêt de l'enfant et de son droit d'être maintenu dans sa famille ou son pays d'origine, mais il ne constitue pas une mesure efficace pour lutter contre le trafic et les dérives.

Le passage obligé par un intermédiaire est la principale mesure imaginée pour prévenir les trafics de l'adoption internationale. Au coeur du débat se trouvait la question des adoptions indépendantes qui consistent pour les candidats à l'adoption à mener leurs propres démarches sans recourir aux services d'un organisme autorisé dans leur pays. Le sujet était délicat, car dans la plupart des pays d'accueil, les adoptions nationales doivent obligatoirement se faire par l'entremise d'un intermédiaire et le maintien d'une procédure plus permissive pour l'adoption internationale se justifiait difficilement. Toutefois, les délégués des États-Unis, pays d'accueil d'environ le tiers de tous les enfants adoptés internationalement dans le monde, plaidaient en faveur du maintien de ce type d'adoption. En effet, une partie importante de l'opinion publique américaine considère l'intervention obligatoire d'un organisme étatique comme une limite à sa liberté fondamentale¹⁰. La Convention est donc le fruit d'un compromis. L'article 22-2 autorise le maintien des adoptions indépendantes à la condition que soit déclaré auprès du dépositaire de la Convention que les fonctions conférées à l'autorité centrale seront exercées par des organismes ou personnes qui, sans être agréés, remplissent les conditions de moralité nécessaires. Les pays d'origine peuvent toutefois choisir de déplacer leurs

9. B. Trillat, *L'adoption, essai sur les institutions*, Lyon, Les Presses universitaires de Lyon, 1995 à la p. 180.

10. H. Van Loon, *supra* note 8 à la p. 12.

enfants uniquement vers des pays qui ne délèguent pas les pouvoirs de l'autorité centrale à des organismes ou à des personnes non agréés¹¹.

Au Québec, le Projet de loi 11 mettra fin, en principe, aux adoptions indépendantes. Le nouvel article 564 du *Code civil du Québec* prévoit que les démarches en vue de l'adoption devront être effectuées par un organisme agréé par le ministre de la Santé et des Services sociaux en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹², à moins qu'un arrêté ministériel publié à la *Gazette officielle du Québec* ne prévoit autrement. Il a déjà été convenu que les adoptions internationales endofamiliales continueront de se faire sans l'intervention obligatoire d'un intermédiaire et que les conditions seront établies plus tard par la voie d'un arrêté¹³. Les adoptions dans des pays pour lesquels il n'existe pas d'organismes agréés pour agir à titre d'intermédiaire restent aussi problématiques et pourraient être réglées de la même manière. Le fait de procéder par voie administrative plutôt que par voie réglementaire présente l'avantage de la souplesse, mais a suscité, auprès de certains organismes¹⁴, la crainte d'un risque d'arbitraire de la part de l'administration, une inquiétude partagée par le Barreau du Québec¹⁵.

Finalement, et toujours dans le but de protéger les enfants contre les trafics, l'article 32 de la Convention prévoit que nul ne peut tirer un profit matériel indu en raison d'une intervention à l'occasion d'une adoption internationale et que «seuls peuvent être demandés et payés les frais et dépenses, y compris les honoraires raisonnables des personnes qui sont intervenues dans l'adoption». La notion de «gain matériel indu» est à rapprocher de celle de «profit matériel indu» contenue à l'article 21d) de la Convention sur les droits

11. Convention de la Haye, art. 22-4.

12. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34, ci-après LPJ.

13. Propos tenus par le ministre de la Santé et des Services sociaux en réponse à des questions soulevées par la Fédération des parents adoptants, devant la Commission des affaires sociales, le 3 février 2004, vol. 38, n° 30.

14. Voir les commentaires des représentants de Terre des hommes et de la Fédération des parents adoptants du Québec devant la Commission des affaires sociales, le 3 février 2004, vol. 38, n° 30.

15. Barreau du Québec, *Mémoire sur la Loi assurant la mise en oeuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives en matière d'adoption*, janvier 2004 à la p. 9.

de l'enfant qui énonce qu'en cas d'adoption internationale, les États doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que le placement de l'enfant ne se traduise pas par un «profit matériel indu» pour les personnes qui en sont responsables. La formulation de la Convention de New York démontre plus clairement que cet objectif s'inscrit dans une politique générale de prévention des trafics alors que l'article 32 de la Convention de La Haye présente un caractère plutôt «incantatoire»¹⁶. On a déjà fait remarquer, à juste titre, que l'expression «gain matériel indu» est inadéquate puisqu'elle suppose qu'un gain matériel peut être dû et qu'en conséquence tirer un profit matériel d'une adoption n'est pas interdit¹⁷. Dans le même ordre d'idée, la notion d'«honoraires raisonnables» est vague et on peut se demander si la «raisonnabilité» des honoraires est fonction du marché. Dans certains pays occidentaux où la demande d'enfants disponibles pour l'adoption est grandissante, on assiste à une augmentation des tarifs et frais reliés à l'adoption internationale. Alors que l'emploi du mot «vente» répugne à tous, il incombe aux instances nationales de mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces visant à prévenir les trafics. Dans cette optique, le Projet de loi 11 entraîne une augmentation importante du montant des amendes pouvant être infligées à des personnes physiques ou morales qui contreviennent à l'interdiction de tirer quelque paiement ou avantage que ce soit de l'adoption interne ou internationale¹⁸. Mais la pénalisation des activités illicites en matière d'adoption a toujours été d'application difficile. La prévention reste le moyen le plus efficace de lutter contre les trafics et pour y parvenir, la Convention s'appuie sur le principe de la coopération internationale.

16. B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», J.C.P. 1993.I.3710.

17. B. Trillat, *supra* note 9 à la p. 191.

18. P.L. 11, *supra* note 5, art. 26 modifiant l'article 135.1 et suivants de la LPJ. Il faut dire que les amendes prévues à l'ancien texte étaient plutôt dérisoires et n'avaient certainement pas l'effet dissuasif escompté. Les nouvelles dispositions sont en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2004. D. 759-2004, G.O.Q.2004 II 3845.

2. *Le cadre général de la coopération internationale*

La Convention de La Haye présente l'avantage d'uniformiser les règles matérielles en adoption internationale. Elle fixe les conditions de fond et la procédure à suivre pour l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Elle établit également la compétence internationale des autorités reconnues dans le processus antérieur au prononcé de l'adoption qui peut se réaliser soit dans le pays d'accueil de l'enfant, soit dans son pays d'origine. La question de la concurrence des responsabilités entre les pays d'origine et d'accueil des enfants était un élément fondamental puisque la mise en place d'un système efficace de coopération repose sur un accord préalable quant à la répartition des responsabilités de chacun.

Les responsabilités des pays d'origine concernent principalement l'adoptabilité de l'enfant¹⁹. Il leur revient de sélectionner les enfants admissibles à l'adoption en vertu de leur loi nationale. Toutefois, c'est à l'égard des conditions relatives au consentement à l'adoption que le rôle des pays d'origine est le plus important. En vertu de l'article 4, les États d'origine doivent vérifier que le consentement à l'adoption a été donné d'une manière libre, inconditionnelle et éclairée. Les pays d'accueil sont chargés de la sélection des adoptants et doivent faciliter l'entrée de l'enfant sur leur territoire. S'agissant de l'évaluation des adoptants, le Projet de loi 11 n'entraîne pas de changements importants. L'évaluation psychosociale continue de relever du directeur de la protection de la jeunesse si l'adoption est prononcée au Québec, mais elle peut aussi être effectuée par un professionnel membre de l'un des ordres professionnels désignés dans la loi si l'adoption doit avoir lieu à l'étranger²⁰.

Une telle division des responsabilités des États signataires présente l'avantage de favoriser la coopération, mais elle n'est pas sans comporter des risques de discordances dans sa mise en oeuvre. Le tribunal amené à prononcer l'adoption dans le pays d'origine ou dans le pays d'accueil aura à prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant et pourrait conclure d'une

19. Convention de La Haye, art. 4.

20. P.L. 11, *supra* note 5, art. 71.7 de la LPJ, reprenant l'article 72.3 et intégrant des modifications relatives au prononcé et à la reconnaissance de l'adoption.

manière différente puisqu'il devra apprécier certains éléments fondamentaux de l'adoption au regard d'une autre loi compétente²¹. Par exemple, l'adoption par des concubins jugés aptes à adopter selon la loi québécoise pourrait être refusée dans le pays d'origine de l'enfant, si la loi de cet État permet uniquement l'adoption par des époux. Pour empêcher que la compartimentation des responsabilités conduise à de telles impasses juridiques, les négociateurs ont prévu un mécanisme spécifique qui vise à organiser une gestion conjointe du placement effectif de l'enfant en collaboration avec les deux autorités concernées dans chacun des pays signataires. L'article 17 de la Convention prévoit une forme de verrouillage du processus du placement qui ne peut se poursuivre sans l'accord des autorités des deux pays signataires. Chaque autorité ne donnant son accord à la poursuite du projet d'adoption qu'après s'être assurée, au regard de son propre système juridique, que le prononcé de l'adoption ou sa reconnaissance ne présentera pas d'obstacle légal. Il s'agit d'une gestion conjointe du placement effectué par les autorités compétentes désignées souverainement par les États parties à la Convention.

La Convention prévoit l'obligation pour chaque État contractant de désigner une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations imposées par le texte²². Le ministre de la Santé et des Services sociaux a été désigné pour agir à titre d'autorité centrale pour le Québec²³, mais dans les faits, cette responsabilité sera exercée par le secrétariat à l'adoption internationale. L'autorité centrale constitue l'un des acteurs les plus importants pour assurer la coopération internationale. L'instrument est déjà connu et a fait ses preuves en droit international de l'enfance dans plusieurs conventions de La Haye concernant l'entraide judiciaire et administrative internationale. L'autorité centrale est la clé de voûte de la *Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants*, signée le 25 octobre 1980²⁴ dont le Canada est d'ailleurs signataire²⁵. Mais la convention sur l'adoption internationale innove en

21. B. Sturlèse, *supra* note 16.

22. Convention de La Haye, art. 7

23. P.L. 11, *supra* note 5, art. 2.

24. V. A. Dyer, «Progrès et problèmes de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants» dans J. Rubellin-Devichi et R. Frank, dir., *L'enfant et les conventions internationales*, Les Presses Universitaires de Lyon, 1996 à la p. 71.

25. La convention a été introduite dans le droit québécois par la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q. c. A-23.01.

permettant la délégation d'une partie des fonctions de l'autorité centrale, notamment à des organismes agréés, changeant ainsi la nature et le fonctionnement de celle-ci²⁶.

Le point de départ de la procédure est la saisine par les adoptants de l'autorité centrale de leur pays qui doit établir un rapport sur leur situation personnelle²⁷. Ce rapport sera transmis à l'autorité centrale du pays d'origine chargé, pour sa part, de faire le point sur la situation de l'enfant jugé adoptable²⁸. Le rapport au sujet de l'enfant sera à son tour transmis à l'État d'accueil. Ainsi, les deux autorités centrales concernées agissent-elles de concert pour le jumelage entre l'adoptant et l'adopté. Les autorités centrales ont donc un pouvoir très important puisqu'elles deviennent un passage obligé pour une personne résidant habituellement dans un État signataire qui désire adopter un enfant dont la résidence habituelle est située dans un autre État signataire. Elles disposent d'un pouvoir d'appréciation notamment dans l'établissement des rapports nécessaires à la poursuite ou non du processus de l'adoption. S'agissant des organismes agréés, la Convention fixe simplement les normes minimales auxquelles ils doivent être soumis. Elles ont trait au but non lucratif et à la qualification morale et professionnelle de ses dirigeants. La composition, le fonctionnement et la surveillance financière des organismes restent sous le contrôle des autorités nationales compétentes²⁹. Le ministre de la Santé et des Services sociaux est chargé de délivrer et de renouveler les agréments ainsi que du contrôle général des activités des organismes³⁰. Compte tenu de l'importance des pouvoirs confiés au Ministre, un certain contentieux relatif au contrôle judiciaire des décisions qui seront prises par l'autorité centrale risque de voir le jour³¹. D'une manière plus spécifique, le Projet de loi 11 prévoit simplement le droit pour un organisme agissant en adoption internationale dont l'agrément est

26. G. Castex, «Le rôle et la place de l'autorité centrale dans la Convention de La Haye du 29 mai 1993», dans Actes du colloque Louis Chatin, *L'adoption internationale*, *supra* note 8 à la p. 27.

27. Convention de La Haye, art. 15.

28. Convention de La Haye, art. 16.

29. Convention de La Haye, art. 11.

30. P.L. 11, *supra* note 6, arts. 71.16 et s. de la LPJ.

31. Le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure en vertu des règles générales du droit administratif peut toujours être mis en oeuvre lorsque les conditions sont rencontrées.

suspendu, révoqué ou non renouvelé par le Ministre, d'interjeter appel devant la Cour du Québec. La décision peut être renversée si les motifs de fait ou de droit invoqués sont manifestement erronés ou si la procédure est entachée de quelque irrégularité grave³². Cette mesure s'avère particulièrement importante dans un contexte où le pouvoir de contrôle du secrétariat à l'adoption internationale sur les organismes est imposant. Toutefois, une forme de contrôle est nécessaire puisque, dans les faits, plusieurs des responsabilités de l'autorité centrale seront exercées par les organismes agréés³³.

La protection de l'enfant adoptable constitue l'objectif premier de la Convention. Pour parvenir à cette fin, il importait de protéger l'enfant contre les risques de trafics, mais également de mettre en place une procédure garantissant la plus grande cohérence possible du statut international de l'adopté. Sous ce deuxième aspect, la conciliation de règles de l'adoption internationale s'avère toutefois imparfaite.

B. Une conciliation imparfaite des règles de l'adoption internationale

L'arrimage entre le droit interne et le droit étranger reste l'une des principales difficultés de l'adoption internationale. L'un des aspects les plus délicats est de déterminer la portée de la volonté des personnes ou des autorités habilitées à consentir à l'adoption au moment du prononcé de l'adoption dans le pays d'accueil (1) ainsi que la détermination de la valeur en droit interne d'une adoption prononcée à l'étranger (2).

32. P.L. 11, *supra* note 5, art. 22 créant l'article 71.26 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

33. Les organismes sont autorisés à mener, pour les adoptants domiciliés au Québec, les démarches d'adoption d'enfants domiciliés hors du Québec. P.L. 11, *supra* note 5, art. 71.16 de la LPJ.

1. Le consentement parental et le prononcé de l'adoption

La Convention de La Haye prévoit le recueil obligatoire d'un consentement donné dans les formes légales requises par les personnes dont le consentement est nécessaire en vertu de la loi applicable³⁴. La Convention étant une entente de coopération plutôt qu'une convention habituelle de droit international privé, il ne faut pas se surprendre qu'elle n'énonce aucune règle de conflit quant à la loi applicable en matière de consentement. L'identification des personnes dont le consentement est nécessaire relève de la loi du pays de résidence de l'enfant. Les personnes habilitées à donner leur consentement doivent le faire en connaissance de cause après avoir été dûment informées des conséquences qui en découlent, et plus particulièrement sur le maintien ou la rupture du lien de droit qui unit l'enfant à sa famille d'origine. Le consentement doit être libre, c'est-à-dire qu'il ne doit souffrir d'aucun vice de consentement au sens du droit des obligations. Finalement, le consentement ne doit pas être assorti d'aucune contrepartie.

Au plan de la forme, il n'est pas nécessaire que le consentement soit donné par écrit, notamment à cause de l'analphabétisme encore présent dans plusieurs pays d'origine, mais il doit être constaté par écrit pour en faciliter la preuve. Le consentement anténatal est interdit afin de s'assurer qu'il n'a pas été donné dans un moment de détresse ou de grand désarroi de la mère. En revanche, on peut déplorer que le texte ne prévoit pas l'obligation de respecter un certain délai de réflexion pour la mère entre la naissance et le recueil du consentement. Il est malheureux que l'existence d'un tel délai n'ait pas réussi à s'imposer à la communauté internationale car le principe vise à assurer le caractère libre et éclairé du consentement. C'est d'ailleurs la nécessité d'assurer la protection du consentement parental à l'adoption qui a conduit, pendant longtemps, les pays d'origine à réclamer la compétence exclusive pour prononcer l'adoption des enfants résidant sur leur territoire.

En effet, la loi applicable au prononcé de l'adoption est une question qui a toujours divisé les pays d'accueil et d'origine des enfants. Les pays d'accueil considèrent avantageux que l'adoption soit prononcée selon leurs

34. Convention de La Haye, art. 4c).

propres règles nationales, s'assurant ainsi que les effets du jugement seront ceux qui sont établis par la loi nationale des adoptants. En revanche, les pays d'origine étaient nombreux à exiger que l'adoption soit prononcée avant le départ de l'enfant, craignant justement que l'on donne à l'adoption des effets différents de ceux qui découlent de la loi nationale de l'adopté. Cette opposition traditionnelle explique le faible taux d'adhésion aux conventions antérieures sur l'adoption internationale. En effet, celles-ci ont été ratifiées soit par des pays d'accueil, soit par des pays d'origine, restreignant énormément la portée de ces différents instruments internationaux³⁵. La difficulté est liée notamment à la question du consentement parental à l'adoption. Dans les pays qui ne connaissent que l'adoption simple, le consentement est normalement donné en fonction de ce type d'adoption, c'est-à-dire que les parents croient que le lien de droit qui les unit à leur enfant ne sera pas rompu. Or, dans de nombreux pays d'accueil, dont le Québec, seule l'adoption plénière existe. Cette situation pose la question de la portée, en droit québécois, du consentement parental donné à l'étranger, entraînant des questionnements juridiques et éthiques sur le respect de la volonté des parents de rompre ou non le lien de filiation.

Lorsque le consentement parental a été donné dans un pays qui ne connaît que l'adoption simple ou, plus problématique encore, lorsqu'il a été donné dans un pays qui prohibe l'adoption³⁶, les tribunaux québécois sont-ils justifiés de prononcer l'adoption plénière? La jurisprudence n'est pas unanime à ce sujet³⁷. Toutefois, les juges sont placés dans une situation délicate. Soit qu'ils refusent de prononcer l'adoption et dans ce cas, l'enfant, qui vit déjà le plus souvent avec les adoptants, se retrouve avec un statut juridique incertain, ce qui n'est certes pas dans son meilleur intérêt; soit qu'ils prononcent l'adoption plénière au mépris du consentement parental qui ne peut, dans cette hypothèse, être considéré comme libre et éclairé. Sans parler du fait qu'une telle approche crée des conflits de souveraineté entre les pays d'origine et d'accueil des enfants.

35. C. Lavallée, *supra* note 3 à la p. 142 et s.

36. C'est le cas notamment de l'Algérie, du Maroc et d'autres pays d'obédience musulmane.

37. *Droit de la famille* - 2954, [1998] R.J.Q. 1317 (C.Q.); *Protection de la jeunesse* - 898, [1997] R.J.Q. 1806 (C.Q.); *Droit de la famille* - 1904, [1994] R.D.F. 167 (C.Q.); *Droit de la famille* - 1067, [1986] R.D.F. 609 (T.J.); *Droit de la famille* - 294, [1986] R.J.Q. 191 (T.J.).

Le Projet de loi 11 prévoit que le tribunal québécois a l'obligation, avant d'ordonner le placement de l'enfant, de s'assurer que les consentements requis ont été valablement donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation³⁸. Si le pays d'origine de l'enfant est signataire de la Convention, la preuve que les détenteurs du droit de consentir ont été dûment informés des effets du jugement d'adoption québécois sera plus facile. Toutefois, si le pays d'origine de l'enfant n'est pas signataire, l'adoptant sera-t-il en mesure de faire la preuve que le consentement donné à l'étranger l'a été en fonction d'une adoption plénière, bien que la loi nationale de l'enfant ne connaisse pas ce type d'adoption? Si le tribunal en vient à la conclusion que les conditions de validité du consentement ne sont pas rencontrées, quelles conséquences cela entraînera-t-il pour l'enfant qui aurait déjà été déplacé vers son pays d'accueil? Les exigences posées par le Projet de loi 11 vont restreindre le nombre d'adoptions d'enfants en provenance de pays qui ne connaissent que l'adoption simple. Si l'enfant a été abandonné et placé sous la tutelle d'un organisme public de protection de la jeunesse, on comprend mal comment cet organisme étatique pourrait donner un consentement en vue d'une adoption inconnue ou, pire, prohibée par sa propre loi nationale. Contrôler la réalité, la validité, la gratuité et surtout l'étendue du consentement parental continuera d'être un défi pour les tribunaux et cette difficulté va persister au moment de déterminer la portée, en droit québécois, d'une décision étrangère d'adoption.

2. *La valeur en droit québécois d'une décision étrangère d'adoption*

Le système de droit international privé québécois d'allocation des litiges en matière d'adoption internationale est relativement récent. La première intervention du législateur en ce sens remonte à 1979, et elle se limitait à étendre les règles de l'adoption québécoise à l'adoption internationale³⁹. Avant cette date, les adoptants se rendaient directement dans le pays d'origine, obtenaient un jugement ou une décision d'adoption sans qu'aucune disposition législative ne prévoie la portée de ces adoptions sur le droit québécois. Aucune indication n'était donnée quant à une possible extension des effets du jugement

38. P.L. 11, *supra* note 5, art. 15, modifiant l'article 568 C.c.Q.

39. *Loi modifiant la Loi de l'adoption*, L.Q. 1979 c. 17.

étranger aux effets produits par l'adoption québécoise, ni quant à la procédure à suivre. La première règle de conflit de loi en matière d'adoption internationale a été posée par la loi de 1983⁴⁰. Le tribunal appelé à reconnaître un jugement étranger d'adoption devait s'assurer que ce jugement avait eu pour effet de créer un lien de filiation sans que ne soit précisé si ce lien devait avoir eu pour conséquence la rupture du lien d'origine. On se rappellera que cette imprécision avait donné lieu à la célèbre affaire *Matton*⁴¹. En 1990, le texte a été modifié⁴² et repris, sous réserve d'un changement dans la forme seulement à l'article 574 du nouveau *Code civil du Québec*. Le texte actuel prévoit que «Le tribunal appelé à reconnaître un jugement d'adoption rendu hors du Québec s'assure que les règles concernant le consentement à l'adoption et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées». La question de savoir si le consentement doit être donné en fonction d'un type particulier d'adoption ou s'il suffit que le tribunal constate l'existence d'un consentement sans s'attarder à ces effets n'est toujours pas réglée. La loi prévoit l'intervention obligatoire du tribunal lorsque l'adoption a été prononcée à l'étranger⁴³. Si la décision étrangère relève de l'ordre judiciaire, une simple reconnaissance par le tribunal québécois est nécessaire. Si la décision étrangère est plutôt d'ordre administratif, tout le processus de l'adoption doit être repris au Québec. La seule exception concerne les enfants domiciliés en République populaire de Chine dont les adoptions sont régies par une loi particulière⁴⁴.

Le Projet de loi 11 entraînera une modification de l'état du droit sur cette question. La Convention prévoit la reconnaissance de plein droit des adoptions certifiées conformes par l'autorité compétente de l'État où elles ont eu lieu dans les autres États signataires⁴⁵ et la loi québécoise devait forcément aller dans le même sens. Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, seules les décisions étrangères rendues dans des pays non signataires devront faire l'objet d'une

40. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*, L.Q. 1983, c. 50.

41. *Droit de la famille* - 294, [1986] R.D.F. 351 (T.J.).

42. *Loi concernant l'adoption et modifiant le Code civil du Québec, la Loi sur la protection de la jeunesse, et le Code de procédure civile du Québec*, L.Q. 1990, c. 29, art. 4.

43. Art. 565 C.c.Q.

44. *Loi sur les adoptions d'enfants domiciliés en République populaire de Chine*, L.R.Q. c. A-7.01.

45. Convention de La Haye, art. 23.

reconnaissance⁴⁶ et cela peu importe qu'elles émanent de l'ordre judiciaire ou non. Les décisions administratives et judiciaires d'adoptions prononcées à l'étranger seront placées sur le même pied d'égalité. Cette mesure aura pour effet de simplifier le processus de l'adoption même pour des enfants en provenance de pays non signataires de la Convention. Les adoptions d'enfants en provenance de la République populaire de Chine continueront d'être régies par la loi particulière⁴⁷. Le Projet de loi 11 prévoit que la reconnaissance des décisions d'adoptions d'enfants originaires de pays qui ne connaissent que l'adoption simple pourra être prononcée par le tribunal à la condition que le consentement donné à l'étranger l'ait été en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien de filiation d'origine. Ainsi, lorsque l'adoption est réalisée en dehors du cadre de la Convention, la même difficulté continuera de se poser autant dans le cas de la reconnaissance d'une décision étrangère que dans le cas du prononcé de l'adoption par le tribunal québécois. Si l'adoption se réalise dans le cadre de la Convention, l'article 26c) prévoit que la reconnaissance de l'adoption comporte celle de la «rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'État contractant où elle a lieu». Ainsi, la reconnaissance d'une décision d'adoption simple prononcée dans un autre pays signataire sera dorénavant impossible.

Pour transformer une adoption simple en adoption plénière, il faudra avoir recours au mécanisme de conversion prévu à l'article 27 de la Convention. Cette disposition énonce qu'une adoption prononcée dans le pays d'origine qui n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation peut être convertie en une adoption qui a cet effet si le pays d'accueil le permet et que les consentements requis ont été donnés en vue d'une telle adoption⁴⁸. Ainsi, un pays d'origine qui ne connaît pas l'adoption plénière pourrait tout de même permettre que les enfants résidant sur son territoire fassent l'objet d'une telle adoption dans leur pays d'accueil. Un État d'origine qui s'oppose à la conversion peut toujours mettre fin au processus en refusant que l'adoption se poursuive⁴⁹. Une fois la conversion réalisée, elle est reconnue de plein droit

46. P.L. 11, *supra* note 5, art. 14 modifiant l'article 565 du C.c.Q.

47. Si la République populaire de Chine adhérerait à la Convention, le maintien d'une loi particulière deviendrait inutile.

48. Convention de La Haye, art.27.

49. Convention de La Haye, art. 17c).

dans les autres pays signataires. Le Projet de loi 11 prévoit, conformément à la Convention, la possibilité de convertir une adoption simple étrangère en adoption plénière québécoise. En revanche, la procédure choisie soulève des questions. Le texte prévoit qu'il est du ressort du ministre de la Santé et des Services sociaux de vérifier la validité des consentements donnés à l'étranger et d'émettre le certificat de conformité de la décision étrangère⁵⁰. Or, la conversion de l'adoption simple en adoption plénière entraîne un changement dans la filiation de l'enfant, et cela constitue une modification de son état. Il est surprenant de voir confier au Ministre le pouvoir de modifier l'état des personnes par simple voie administrative. L'état des personnes est, dans notre système de droit civiliste, d'ordre public, incessible et indisponible et il revient traditionnellement aux tribunaux de statuer sur une telle modification. On comprend que l'objectif poursuivi était de se doter d'une procédure rapide et souple, mais le pouvoir accordé au Ministre apparaît exagéré et il aurait été sans doute plus prudent de laisser cette responsabilité à la Cour du Québec. Quoiqu'il en soit, le Projet de loi 11 constitue une avancée dans le droit québécois de l'adoption qui se trouvera désormais en conformité avec les textes internationaux.

Conclusion

La conciliation des effets de l'adoption constituait un défi de taille que nulle autre convention sur l'adoption n'avait encore réussi à relever. La Convention de La Haye pose une pierre importante dans la construction d'un statut international pour l'adopté qui passe forcément par une certaine homogénéité des effets de l'adoption et le Projet de loi 11 s'inscrit tout à fait dans cet objectif. Si le résultat n'est pas toujours parfait, il n'en demeure pas moins très important. Il fallait prendre en compte les préoccupations des pays d'origine et d'accueil des enfants dont les intérêts apparaissent souvent contradictoires tout en assurant à l'enfant en provenance de l'étranger et adopté par des Québécois les mêmes garanties et des normes équivalentes à celles qui existent en adoption interne.

50. P.L. 11, *supra* note 5, art. 9.

Toutefois, concilier des formes multiples et variées d'adoptions tout en assurant une certaine équivalence de leurs effets est une tâche pratiquement impossible. En effet, le droit québécois reste lacunaire en ce qui a trait à la mise en oeuvre d'alternatives à l'adoption plénière. Bien que ce type d'adoption constitue le mécanisme de protection le plus sûr pour un grand nombre d'enfants, l'adoption plénière ne constitue peut-être pas toujours la meilleure solution dans les cas d'adoptions d'enfants plus âgés, d'adoptions d'enfants du conjoint ou d'adoptions endofamiliales dans le cadre desquelles l'opportunité d'une rupture totale et définitive de tous les liens de droit avec la famille d'origine est de plus en plus remise en question. L'adoption simple est parfois présentée comme une solution de repli qui, tout en assurant la prise en charge totale et permanente de l'enfant par l'adoptant, laisse subsister la filiation d'origine de l'adopté. D'ailleurs, l'étude d'un environnement législatif plus large démontre que plusieurs pays qui ne connaissaient que l'adoption plénière ont modifié leur loi pour créer des alternatives à cette institution. C'est le cas de l'Allemagne qui a créé une forme hybride d'adoption entremêlant des caractéristiques de l'adoption plénière et de l'adoption simple⁵¹ ainsi que de l'Angleterre qui vient de créer une forme nouvelle de placement appelée «special guardianship orders» reconnaissant ainsi que l'adoption plénière n'est pas toujours appropriée même pour l'enfant qui ne peut pas être repris en charge par ses parents par le sang⁵². Le droit comparé permet de constater la richesse des possibilités qui peuvent être envisagées. Le temps est venu pour le législateur québécois d'approfondir la réflexion sur cette question. La mise en place d'une forme alternative d'adoption constituerait un moyen supplémentaire en vue d'assurer une meilleure conciliation des effets de l'adoption internationale.

51. I. Lammerant, *supra* note 2 à la p. 274.

52. C. Bridge et H. Swindells, *Adoption - The modern law*, Bristol, Family Law, 2003 à la p. 131.